Die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit

(Mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung dieser Rechtseinrichtung seit ihrer Entstehung).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Herbert Störmer

Gerichtsreferendar aus Königsberg i. Pr.

Approbiert am 19. Februar 1936.

Würzburg 1936

Buchdruckerei Richard Mayr

1936/287

Referent:
Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. Dr. Bernhard Kübler

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe der Arbeit 1

Hauptteil.

Die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit. (Mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung dieser Rechtseinrichtung seit ihrer Entstehung). . . . 3

§ 2. Ueberblick über die Entstehung, Bedeutung und Entwicklung der sog. exceptio doli generalis. 3

A. Die exceptio doli (insbesondere die sog. exceptio doli generalis) im römischen Recht zur Zeit des Formularprozesses . 3

B. Die sog. exceptio doli generalis im gemeinen Rechte und im preuß. ALR. 8

C. Das Ergebnis der Betrachtungen unter A und B . . 9

§ 3. Die sog. exceptio doli generalis in den Vorarbeiten zum BGB. 10

§ 4. Die Ableitung der sog. exceptio doli generalis aus den Normen des BGB. 14

§ 5. Die Bedingungen, unter denen die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit durchgreift . . 20

§ 6. Die Rechtswirkungen, welche die mit Erfolg geführte Arglisteinrede gegenüber der sich vergeblich auf Formnichtigkeit berufenden Partei auslöst. 35

Literaturverzeichnis.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.
Dernburg: Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches u. Preußens, Bd. II, 1899.
— Pandekten, Bd. I, 1. 6. Aufl. 1900.
Eccius: Preuß. Privatrecht, I. Bd., 7. Aufl.
Förster: Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts, 2. Aufl.
Gaius: Institutionen, ediderunt E. Seckel-B. Kübler.
Hager: Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Recht. 1913.
Hoeniger: Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit. In Zschr. d. Deutschen Notarvereins, 1909, S. 673 ff.
Jacoby: Der Einwand der allg. Arglist gegenüber der Berufung auf Formmängel von Rechtsgeschäften. Diss. Königsberg, Pr. 1928.
Josef: Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, in Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 36, S. 60 ff.
Keller: Gibt es im geltenden Recht eine exceptio doli generalis? Diss. Marburg 1911.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bd. 2, 8. Aufl. 1934.
Kruhöffer: Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse. Diss. Leipzig 1907.
Neukam: Rechtsbehelfe des Käufers bei Formnichtigkeit des Verpflichtungsvertrages nach § 313 BGB. bei Baugrundstükken, Diss. Erlangen 1934.
Oertmann: Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, In „Das Recht" 1914 S. 8 ff.
— Kommentar zum BGB., Allg. Teil, 3. Aufl. 1927.
— Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abt., 1928.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allg. Teil.
Reichel: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte. In Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 104, S. 1 ff.
Römer: Die exceptio doli, insbesondere im Wechselrecht. In ZHR Bd. 20, S. 48 ff.
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im BGB. 1902.
Sohm: Institutionen des Römischen Rechts. 17. Aufl.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897.

Staudinger: Kommentar zum BGB. I, Allg. Teil, 9. Aufl.
— Kommentar zum BGB. II, Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. In Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 100.
Weissler: Rechtsprechung in Urkundensachen. In Zschr. des Deutschen Notarvereins. 1909, S. 70 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. 1906.

Entscheidungen.

RGZ: B. 51|1,5; 52|5; 53|420; 58 Nr. 90; 71|435; 72|343; 73|209, 210; 82|304; 85|117; 96|315; 107|181; 107|356 ff; 117|121; 118|269; 135|224; 135|376; 140|132.
RG in:
Gruchots Beitr., B. 68 S. 651.
Jur. Rundschau, 1925 Nr. 674; 1925 Nr. 1004.
Jur. Wochenschr., 1926 S. 1810, 1811; 1927 S. 218; 1927 S. 973, 974.
Leip. Zeitschr., 1926 S. 696|697; 1927 S. 1010|1011.
Das Recht, 1924 Nr. 1443; 1927 S. 661 Nr. 2197.
Seuff. Archiv, B. 63 Nr. 196 S. 349; B 77 S. 181.

Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe der Arbeit.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schreibt — obwohl von dem Grundsatz der Formfreiheit beherrscht[1]) — für eine Reihe von besonders wichtigen und schwerwiegenden Rechtsgeschäften eine bestimmte Form vor (vgl. z. B. § 313, Satz 1). Das Gesetz läßt ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen (oder durch Rechtsgeschäft bestimmten) Form ermangelt, nichtig sein (vergl. § 125 BGB). Diese Formnichtigkeit würde, wenn man sie ausnahmslos ohne jede Rechtsfolge eintreten ließe, im einzelnen Falle zu einem unbilligen und jeder wahren Gerechtigkeit widersprechenden Ergebnis führen.

In der Erkenntnis, daß ein solches Resultat nicht dem Willen unserer gesamten Rechtsordnung und damit auch nicht dem Willen des § 125 BGB. entspricht, hat man, um billige, wahrhaft gerechte und mit dem Rechtsempfinden unseres Volkes übereinstimmende Ergebnisse zu finden, nach einem Ausweg gesucht.

Das Problem, das es dabei zu lösen galt, war folgendes: Sind Rechtsgeschäfte, die der gesetzlich (oder rechtsgeschäftlich) vorgeschriebenen Form ermangeln, ausnahmslos nichtig und folgenlos, oder gibt es gegenüber der Berufung auf Nichtigkeit wegen Ermangelung der gesetzlich (oder rechtsgeschäftlich) vorgeschriebenen Form einen Rechtsbehelf, und wenn ja, welche Wirkungen löst er aus?

Die Literatur und Judikatur des Reichsgerichts haben den gesuchten Rechtsbehelf in der sog. exceptio doli generalis gefunden und mit ihr des eben erwähnten Problems Herr zu werden versucht.

Unsere Aufgabe soll es nun sein, zunächst einen Überblick über die Bedeutung und Entwicklung der sog. exceptio doli generalis seit ihrer Entstehung zu geben, um zunächst das Wesen und den Zweck dieser Rechtseinrichtung verständlich zu machen. Gleichzeitig wird diese Untersuchung den Vorteil haben zu zeigen, ob die sog. ex-

1) Vgl. Mot. I, 179, insbes. 180.

ceptio doli generalis der geeignete Rechtsbehelf ist, um der Berufung auf Formnichtigkeit entgegengesetzt zu werden.

Alsdann werden wir erkunden, welche Rolle die sog. exceptio doli generalis in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch gespielt hat, welche Stellung der Gesetzgeber zu dieser Rechtsinstitution eingenommen hat, und aus welchen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sie sich ableiten läßt.

Hiernach werden wir an Hand von besonders typischen Reichsgerichtsentscheidungen die Bedingungen herausstellen, die unser oberster Gerichtshof für die Begründung der allgemeinen Arglisteinrede verlangt. Ebenfalls werden wir an den wichtigsten einzelnen Schriftstellern die Meinung der Wissenschaft in dieser Frage aufzeigen. Eine kurze Kritik an den Ansichten des Reichsgerichts und der Wissenschaft wird uns Gelegenheit geben, unsere eigene Meinung darüber zu äußern, wann die Bedingungen erfüllt sind, die die exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit rechtfertigen.

Zum Schluß werden wir erforschen, welche Rechtswirkungen die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit ausbreitet. Auch hier wird eine Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und des Schrifttums nebst einer anschließenden Auseinandersetzung mit derselben erfolgen.

Hauptteil.

Die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit.

(Mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung dieser Rechtseinrichtung seit ihrer Entstehung.)

§ 2.

Ueberblick über die Entstehung, Bedeutung und Entwicklung der sog. exceptio doli generalis.

A. Die exceptio doli (insbesondere die sog. exceptio doli generalis) im römischen Recht zur Zeit des Formularprozesses.

Wie schon der Name erkennen läßt, ist die exceptio doli eine Rechtseinrichtung römischen Ursprunges. Was man unter dem Begriff des dolus, der diese Einrede ausmacht, zu verstehen hat, versucht Labeo uns nahe zu bringen:

Fr. 1 § 2, D de dolo malo 4, 3: Labeo sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.

Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß bei den Römern nur ungefähr, jedenfalls nicht ein für alle Male fest begrenzt, dastand, was man unter „dolus" zu verstehen hatte.

Wenn nun die exceptio doli auch nicht zu den vier Bestandteilen, die eine Formel haben konnte[2]) (nicht jede Formel restlos haben mußte[3]), gehörte und daher nicht, wie wir mit Sohm sagen möchten[4]), als ordentlicher Formelbestandteil bezeichnet werden konnte, so war sie doch — um wieder mit Sohm zu reden — ein außer-

---

2) demonstratio, intentio, adiucatio, condemnatio; vgl. im einzelnen Gai Inst. IV, 39 ff.

3) Die Bestandteile für jede Formel standen fest, waren aber für die einzelnen Formeln verschieden. Bestimmte Formeln hatten nur die intentio, andere zwei, drei oder alle vier Bestandteile.

4) Vgl. Sohm: Inst. 17. Aufl., § 113, II.

ordentlicher Formelbestandteil; d. h., die exceptio doli war ein Bestandteil, der nur von Fall zu Fall, wenn besondere Umstände vorlagen, vom Prätor in die Formel eingefügt wurde. Diese Einfügung der exceptio doli in die Formel hatte ihren Ausdruck in folgendem Satze gefunden: Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat[5]).

Hieraus erhellt, daß die exceptio doli nicht etwa den Belangen des Aulus Agerius diente, sondern dem Schutze des Numidius Negidius und zwar in doppelter Weise: Einmal konnte der Beklagte den Vorwurf des dolus, den der Kläger bei Entstehung des Anspruches sich hatte zuschulden kommen lassen, vor dem Richter erheben (das ergibt das Perf. factum sit). Zum anderen konnte der Beklagte aber auch Beachtung des dolus fordern, der in der gegenwärtigen Klageerhebung lag (das ergibt das Wort fiat). Es hatte somit die in die Formel eingefügte exceptio doli zwei Funktionen, d. h., sie regelte zwei von einander verschiedene Tatbestände[6]).

Wenn heute diese beiden Tatbestände und zwar der von uns zuerst geschilderte als Tatbestand der exceptio doli specialis und der dann aufgeführte als Tatbestand der sog. exceptio doli generalis bezeichnet werden, so sei hier festgestellt, daß die Römer, obwohl sie sich der Doppelfunktion der exceptio doli bewußt waren, doch nur für beide Fälle die einheitliche Bezeichnung „exceptio doli" gekannt haben[7]).

Will man aber zur genauen Erkenntnis dessen, welche der beiden Funktionen der exceptio doli gemeint ist, eine Unterscheidung in den Benennungen machen, so wird man besser mit der von Wendt

---

5) Vgl. Gai Inst. IV, § 119.

6) Windscheids Ansicht, die von unserer Darstellung abweicht (Pand. § 47, Anm. 7), darf hier wohl übergangen werden, weil sie, wie schon Wendt S. 17 nachgewiesen hat, auf Verkennung des wahren Wesens der exceptio doli beruht.

Vgl. dazu auch Kruhöffer, S. 32; Jacoby S. 3 Anm. 4.

7) Wenn Jacoby auch den Satz „exceptio doli generalis inest bonae fidei iudiciis" als ein wörtliches Zitat Ulpians anführt, so berichtigen wir Jacoby dahin, daß ein Satz mit dem bezeichneten Wortlaute nicht an der angegebenen Stelle (Dig 24, 3, 21) steht. Es steht zwar an jenem Orte dem Inhalte nach auch das, was Jacoby mit dem von ihm genannten Satze ausdrückt. Niemals aber fällt der Ausdruck exceptio doli „generalis". Vielmehr gebraucht Ulpian an jener Stelle auch nur die Bezeichnung exceptio doli.

Vgl. zu unserer Auffassung auch Römer: ZHR. Bd. 20, S. 51.

gegebenen Begründung[8]) die sog. exceptio doli generalis als exceptio doli praesentis und die exceptio doli specialis als exceptio doli praeteriti bezeichnen[9]).

Es war also die sog. exceptio doli generalis (besser exceptio doli praesentis) bei den Römern immer dann gegeben, wenn der Beklagte die Klage des Klägers rügte, nicht, weil dem Kläger ein dolus bei Entstehung seines Anspruchs (Fall der exceptio doli specialis oder besser der exceptio doli praeteriti) zum Vorwurf gemacht werden konnte, sondern weil ein dolus in der Klageerhebung gesehen werden konnte.

Das war dann der Fall, wenn der Beklagte Tatsachen bezeichnen konnte, die erst nach Entstehung des klägerischen Anspruchs entstanden waren und die es mit sich brachten, daß der Kläger sich besser der Ausübung seines formal bestehenden Rechtes enthielte.

Wir übernehmen zur Bekräftigung und zum besseren Verständnis des eben Gesagten die bei Wendt abgedruckten Beispiele[10]):

Fr. 2 § 3 D. de doli exc. 44, 4: licet enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere.

Fr. 2 § 5 eodem: nam etsi inter initia nihil dolo facit, attamen nunc petendo facit dolose.

Fr. 36 D. de verb. oblig. 45, 1: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit.

Fr. 8 pr. D. de doli exc. 44, 4: dolo facit qui petit quod redditurus est.

Die Betrachtung der Entwicklung der sog. exceptio doli generalis zeigt, daß sie im Laufe der Zeit das Gesicht des römischen Rechtes nicht unwesentlich verändert hat.

Zunächst konnte sie einen Kläger mit seinem an sich bestehenden Anspruche nur dann zurückweisen, wenn der Kläger die Tatsachen,

---

8) Wendt, S. 9.

9) Die Bezeichnungen exceptio doli praet. bezw. exceptio doli praes. sind auch von der Mehrzahl der Schriftsteller als die das Unterschiedliche der zwei Funktionen der römischen exceptio doli besser kennzeichnenden Ausdrücke als die Worte exceptio doli generalis bezw. specialis anerkannt; vgl. z. B. Jacoby, S. 3, Kruhöffer, S. 14/15 (daselbst weitere Literaturangaben), Keller, S. 2.

10) Wendt, S. 8, 9.

die seine actio als contra naturalem aequitatem gehend erscheinen ließ, verschuldet hatte. Das ergibt sich aus dem Satz des Paulus[11]): ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Später, in der weiteren Entwicklung des römischen Rechts, wurde die sog. exceptio doli generalis auch ohne obenstehende Voraussetzungen gegeben und zwar schon dann, wenn die actio des Klägers objektiv contra bonam fidemv erstieß, wenn, wie Ulpian[12]) das ausdrückt, ipsa res in se dolum habet.

Daß die sog. exceptio doli generalis bis in dieses Stadium der Entwicklung vorrücken mußte, wird erst dem klar, der sich kurz folgende römische Rechtseinrichtungen vorstellt: das ius strictum und das ius aequum. In den Rechtsgeschäften, die unter dem ius strictum standen, konnte nicht wie bei denen, die vom ius aequum regiert wurden, die aequitas Anwendung finden. Es hätten somit Geschäfte, die unter dem ius strictum standen (z. B. die Stipulation), bei ihrer klageweisen Geltendmachung auch in den offenbar unbilligsten Fällen zu einem Urteil geführt, das gegen die aequitas, die Billigkeit, verstoßen hätte. Das aber durfte bei einem so fein entwickelten Rechtsempfinden wie dem römischen niemals Wirklichkeit werden, und so mußte die exceptio doli generalis den Ausgleich schaffen, deren wahre Kraft und Bedeutung wir so ausdrücken möchten: Sie war stärker als das ius strictum, sie konnte eine actio des Klägers zu Fall bringen, wenn der Sieg mit derselben gegen die bona fides verstoßen hätte.

Nicht aber hätte sie alle Fälle, die contra bonam fidem verstießen, erfaßt, wenn man sie nur unter der Einschränkung, Kenntnis des Klägers um die Unbilligkeit seines Anspruchs, gegeben hätte. Daher hat man sie, um die aequitas in jedem Falle zu berücksichtigen, auch dann anwenden lassen, wenn objektiv ein Verstoß gegen die bona fides vorlag (z. B. dolo facit qui petit, quod redditurus est).

Dadurch aber, daß man nicht mehr genau festgelegte Tatbestände hatte, einzig bei deren Vorliegen man die sog. exceptio doli generalis gewährte, bestand die Gefahr, daß die Rechtssicherheit schwinden könnte, daß bei der Feststellung, ob eine actio des Klä-

11) Dig. 44, 1, 1.
12) Dig. 45, 1, 36.

gers objektiv contra bonam fidem verstieß, der Richter-Willkür Tür und Tor geöffnet wurden. Allein diese Gefahr war auf ein Minimum herabgesetzt durch das den Römern eigene Prozeßverfahren; denn bevor der iudex in Aktion treten konnte, mußte erst die actio des Klägers formuliert und durch den Prätor zugelassen sein. Er, der oberste und beste richterliche Beamte, stellte zunächst fest, ob der ihm vorgetragene Sachverhalt objektiv einen Verstoß contra bonam fidem darstellen könnte, und nur wenn er, modern ausgedrückt, der in Rechtsangelegenheiten instinktsicherste Beamte zu der Ansicht gekommen war, daß der ihm vorliegende Sachverhalt eine exceptio doli rechtfertigen könnte, so fügte er die exceptio doli in die formula ein. Erst nach dieser Einfügung in die Formel durfte der iudex prüfen, ob die Tatsachen, welche die exceptio rechtfertigen könnten, vorlagen oder nicht.

So sehen wir, daß letztlich der Prätor darüber entschied, wann objektiv ein die exceptio doli generalis begründender Tatbestand vorliegen konnte, und daß der iudex nur, wenn eben die exceptio in die Formel eingefügt war, im einzelnen Falle festzustellen hatte, ob die vom Prätor gegebenen Richtlinien erfüllt waren oder nicht[13]).

Es hatten also die Römer zur Zeit des Formularprozesses die ja bis in die Gegenwart aktuelle Frage „Rechtssicherheit und Richterfreiheit" in wohl nicht zu überbietender Weise gelöst.

Wir können jetzt am Schlusse unserer Betrachtung der exceptio doli generalis im römischen Recht zusammenfassend feststellen: Die sog. exceptio doli generalis ist ein Mittel gewesen, das von der Hand des obersten und besten Richters, der ständig darüber auf dem laufenden blieb, was volkstümliches, billiges Recht war (von Sonnenaufgang bis Untergang richtete der Prätor in foro), geführt, imstande war, die Starrheit des ius strictum aufzulösen und mit den Grundsätzen der aequitas zu durchsetzen.

Wir können ferner feststellen: Erst die sog. exceptio doli generalis hat eine einheitliche Betrachtungsweise der unter das ius strictum und der unter das ius aequum fallenden Rechtsgeschäfte unter den Gesichtspunkten der aequitas geschaffen. Damit war die sog. eceptio doli generalis aber ein Mittel, das infolge seiner korrekto

13) Vgl. Sohm, Inst. 17. Aufl., § 112, S. 676.

rischen Kraft gegenüber dem bestehenden Recht dieses elastisch und den fortschreitenden Fällen des Lebens anpassungsfähig machen konnte und auch gemacht hat.

B. Die sog. exceptio doli generalis im gemeinen Recht und im preuß. ALR.

War zur Zeit der Römer die exceptio doli generalis eine von niemand bezweifelte Rechtseinrichtung, so begann in der Literatur des gemeinen Rechtes bereits der Streit darüber, ob sie auch eine Institution des gemeinen Rechtes sei. Es gab Schriftsteller, welche die Gültigkeit der exceptio doli generalis für das gemeine Recht bestritten haben. Im großen ganzen gesehen kann aber festgestellt werden, daß die Mehrzahl der Theoretiker sich für das Fortbestehen der sog. exceptio doli generalis auch im gemeinen Rechte ausgesprochen hat.

Und das wohl mit Recht; denn wenn man überlegt, daß das gemeine Recht seine Wurzeln im römischen Rechte hatte, und daß es letztlich doch nur eine Fortbildung desselben, wenn auch an anderem Orte unter anderen Bedingungen war, dann darf wohl gesagt werden, daß eine so wichtige römische Rechtseinrichtung wie die sog. exceptio doli generalis im gemeinen Rechte, dem Tochterrechte des römischen Rechtes, nicht völlig untergegangen sein könnte. Es gibt daher selbst Römer, der wahrlich kein Freund der exceptio doli generalis war, zu, daß sie noch Anwendung im gemeinen Rechte finden durfte, allerdings (nach seiner Ansicht) nur in den Fällen, in denen die Quellen des römischen Rechtes dies zuließen[14]). Mit anderen Worten, Römer ließ das gemeine Recht auch Anwendungsgebiet der sog. exceptio doli generalis sein, sprach ihr aber ihre in der klassischen Zeit innewohnende Kraft ab, produktiv neues Recht ge-

---

14) Unter Quellen versteht Römer die im corpus iuris aufgezählten einzelnen Fälle der exceptio doli. Er gibt zu, daß ursprünglich (er denkt dabei an die von uns im vorigen § dargestellte Zeit des Formularprozesses) die exceptio doli die Kraft hatte, bestehendes Recht zu Gunsten der aequitas zu brechen. Er meint aber, „allmählich bildete sich durch Doktrin und Praxis eine positive Theorie der exceptio doli aus und wurden die einzelnen Fälle derselben festgestellt ..." Er sagt dann weiter „Im corpus iuris finden wir die einzelnen Fälle der doli exceptio fixiert" (vgl. ZHR. Bd. 20, S. 52/53).

genüber dem bestehenden positiven (lückenhaften) Gesetz schaffen zu können[15]).

Allein die Praxis hat sich weder um diese Meinung Römers noch um die Ansichten derer, die den Fortbestand der sog. exceptio doli generalis überhaupt leugneten, gekümmert. Für sie galt der Satz Dernburgs[16]): „Die produktive Kraft der exceptio doli generalis ist nicht erloschen. Fortwirkend hat sie lebendige Kraft. Sie ist ein Organ des wahren Rechtes in Fällen geblieben, in welchen die Anwendung einer gesetzlichen Regel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechtes zuwiderliefe." Das ergibt sich ganz einwandfrei aus einer großen Zahl von Entscheidungen, welche die gemeinrechtliche Judikatur gefällt hat[17]).

Was wir von der sog. exceptio doli generalis im gemeinen Rechte gesagt haben, gilt im wesentlichen auch für die Schriftsteller über das preuß. ALR. Auch dort hat es Gegner der sog. exceptio doli generalis gegeben, aber noch mehr Verfechter derselben[18]).

Wenn auch im preuß. ALR. durch keine besondere Bestimmung die sog. exceptio doli generalis aufgenommen war, so hat auch hier vor allem die Praxis in zahlreichen Fällen[19]), besonders bei Wechselklagen, diese Rechtseinrichtung in derselben Bedeutung wie die gemeinrechtliche Judikatur anerkannt und mit ihr manche Härten mildern können.

C. Das Ergebnis der Betrachtungen unter A und B.

Erinnern wir uns rückschauend noch einmal an die Funktion der sog. exceptio doli generalis im römischen Formularprozeß, im gemeinen Rechte und im preuß. ALR., so können wir feststellen, infolge der ihr in diesen Rechtsepochen beigelegten korrektorischen Kraft wäre sie durchaus das Mittel gewesen, um einer Berufung auf

15) Vgl. hierzu die Abhandlg. Römers in ZHR. Bd. 20, S. 48 ff.; ferner Wendt, S. 18.
16) Dernburg, Pand. § 138, Ende.
17) Vgl. Wendt, S. 19, wo Entscheidungen angegeben sind; vgl. ebenfalls S. 17; vgl. daneben auch Kruhöffer, S. 16 Anm. 4.
18) Vgl. z. B. Römer S. 57; Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechtes (2. Aufl.) § 31 a. E. oder Eccius, Preuß. Privatr. 1. Bd., 7. Aufl., § 31 (S. 163/64).
19) Vgl. z. B. die bei Eccius § 31 Anm. 10 aufgeführten Entscheidungen.

Formnichtigkeit entgegengesetzt zu werden, allerdings nur dann, wenn die Berufung auf Formnichtigkeit nach den Anschauungen, welche die einzelnen Rechte beherrschten, contra bonam fidem verstoßen hätte.

§ 3.

Die sog. exceptio doli generalis in den Vorarbeiten zum BGB.

Da auch im Bürgerlichen Gesetzbuche ebensowenig wie im preuß. ALR. diese Rechtseinrichtung durch eine bestimmte Norm ausdrücklich anerkannt ist, und der Streit darüber, ob sie trotzdem im Gesetze enthalten sei, weder zu Gunsten der einen noch der anderen Meinung entschieden ist, so möchten wir zunächst einmal die Ansicht des Gesetzgebers zu diesem Streitgegenstande zu erforschen suchen.

Wenn auch der Wille und die Anschauungen des Gesetzgebers, sowie die in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche festgehaltenen Meinungen nicht Gesetz sind (das bleiben allein die positiven Normen), so vermögen sie doch auch heute noch wertvolle Dienste bei der Auslegung des positiven Gesetzes zu liefern.

Im ersten Entwurf finden wir die exceptio doli generalis überhaupt nicht[20]). Jedoch schon in der zweiten Lesung der Kommission wurde der Antrag auf Anerkennung der exceptio doli generalis als § 185 a gestellt und zwar in folgender Fassung: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt."

Der Wichtigkeit halber lassen wir die Begründung des Antragstellers für die ausdrückliche Aufnahme der exceptio doli generalis im Gesetz folgen: „Der Antrag bezwecke die Anerkenung der exceptio doli generalis und suche der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der aequitas gegenüber dem formellen Recht dienliches Mittel an die Hand zu geben. Das Bedürfnis der exceptio doli generalis ergebe sich daraus, daß das Gesetz nicht imstande sei, die Voraussetzungen des subjektiven Rechtes derartig zu normieren, daß die Geltendmachung desselben nicht doch im Einzelfalle einen Ver-

20) Mot. I, S. 292.

stoß gegen die guten Sitten enthalte. Für die Fassung der hiernach allgemeinen Vorschrift biete schon der Entwurf selbst Anhaltspunkte in den §§ 106 und 705 (§§ 138 und 826 des BGB.). Freilich lasse sich nicht verkennen, daß durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts dem Richter eine sehr weitgehende Machtvollkommenheit eingeräumt werde, indessen dürfte man zu der Gerechtigkeit des deutschen Richters das Zutrauen haben, daß er von dieser Machtvollkommenheit den rechten Gebrauch machen werde; ohne dieses Zutrauen seien auch die §§ 106 und 705 nicht zu rechtfertigen. Die Besorgnis, daß die vorgeschlagene Bestimmung zahlreiche erbitterte Prozesse zur Folge haben werde, sei nach den bisherigen Erfahrungen nicht begründet."

Die Kommission lehnte diesen Antrag ab und stützte sich dabei auf folgende Erwägungen: „Durch die exceptio doli generalis werde in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt. Dem Zwecke jener exceptio geschehe im Entwurf insbesondere schon Genüge durch § 359[21]). Vielfach handle es sich bei der Annahme eines Gegensatzes zwischen dem formellen Rechte und der Billigkeit in Wahrheit um eine zu enge Auslegung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen. Aus § 106 sei für die beantragte Bestimmung kein Argument zu entnehmen, denn es sei ein wesentlicher Unterschied, ob es sich erst darum handele, einem Tatbestande rechtliche Anerkennung zuteil werden zu lassen, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugnis in Frage stehe."

Hat der Gesetzgeber auch eine Aufnahme der exceptio doli generalis in das Gesetz verneint, so ist aus den Gründen, mit denen er das tut, nicht klar erkenntlich, ob er die exceptio doli generalis überhaupt nicht anerkenne, oder ob er nur die ausdrückliche Aufnahme einer auf die exceptio doli generalis abzielenden Vorschrift für unnötig erachtete.

Aus diesem Grunde hat sich in der Wissenschaft ein großer Streit erhoben. Die eine Ansicht[22]) steht auf dem Standpunkte, der Gesetz-

21) § 359 im Entwurf entspricht inhaltlich den späteren §§ 157 und 242 BGB.

22) z. B. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse im BGB., S. 21 oder Keller, S. 23, 24.

geber habe die exceptio doli generalis nicht anerkennen wollen, und stützt sich dabei darauf, daß der Gesetzgeber die Aufnahme der beantragten exceptio doli generalis ausdrücklich abgelehnt habe. Die Gegenmeinung, vor allem von Wendt[23]) angeführt, stützt sich darauf, daß der Gesetzgeber trotz Ablehnung ausdrücklicher Aufnahme der exceptio doli generalis in seiner Begründung den Satz ausgesprochen habe „Dem Zwecke jener exceptio geschehe im Entwurf insbesondere schon Genüge durch § 359" (das ist der heutige § 242 in Verbindung mit § 157). Wendt meint: „Das würde doch nur heißen können, daß sachlich gegen die exceptio doch nichts einzuwenden sei, und nur eine formulierte Anerkennung nicht vonnöten sei, weil ohnehin aus dem Grundsatze von Treu und Glauben schon das Erforderliche sich ergebe"[24]).

Wollten wir nun aus diesen beiden Ansichten über die Meinung des Gesetzgebers den Schluß ziehen, die eine oder die andere Ansicht sei die absolut richtige, dann würden wir einen Fehler machen, denn wir müssen uns stets vor Augen halten, daß beide Ansichten eben nur Hypothesen sind, und deshalb jede richtig, aber auch falsch sein kann. Feststellen können wir lediglich, daß es sich auf Grund der Protokolle nicht eindeutig sagen läßt, welchen Standpunkt der Gesetzgeber bezüglich der Anerkennung der exceptio doli generalis eingenommen hat.

Wenn wir uns trotzdem der von Wendt vertretenen Ansicht anschließen, so geschieht dies darum, weil sie uns als die wahrscheinlichere erscheint, zumal wenn wir noch den stenographischen Bericht der Reichstagssitzung vom 20. 7. 1896 vergleichen, in welcher der Abgeordnete von Dziembowsky-Pomian bei der zweiten Beratung des Entwurfes zu § 236 (dem heutigen § 242) ausführte: „Ich habe bei der zweiten Lesung der Kommission folgenden Antrag zu dem § 236 gestellt: der Verpflichtete kann einer solchen Ausübung der Rechte widersprechen, die nach dem eigenen Verhalten oder nach den Erklärungen des Berechtigten gegen Treu und Glauben verstößt. Ich wollte mit anderen Worten im Gesetze eingefügt haben die exceptio doli generalis, die Einrede der Arglist. Gegenüber diesem Antrage wurde regierungsseitig ausgeführt, daß die Annahme

23) Vgl. Wendt, S. 21.
24) Wendt, S. 21.

desselben sich aus dem Grunde nicht empfehle, weil das Bürgerliche Gesetzbuch bereits auf dem Standpunkte basiert sei, was sich aus den verschiedenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergebe, und die Frage namentlich deshalb nicht besonders zum Ausdruck gebracht werden müsse, weil bereits ... ein besonderer sog. Schikaneparagraph Aufnahme gefunden hat. Diese Feststellung hat in dem Berichte nicht Aufnahme gefunden. Ich habe mich deshalb veranlaßt gesehen, heute das Wort zu ergreifen, weil wegen der besonderen geschäftlichen Schwierigkeiten in der letzten Kommissionssitzung eine Berichtigung des Berichtes nicht möglich war." V. Dziembowsky erklärte dann weiter: „Ich fühle mich verpflichtet, diese Frage nochmals zu erörtern und auch eine Feststellung durch den stenographischen Bericht zu provozieren, weil es sich nach meinem Dafürhalten um eine Frage von ganz erheblicher Tragweite handelt." Nach dieser Hinsicht beständen, wie v. Dziembowsky meinte, schon jetzt Zweifel in der Literatur (Meissner, Eck, Gierke), ob die exceptio doli generalis im Entwurfe rezipiert sei.

Nach diesen widerspruchslos hingenommenen Ausführungen von Dziembowsky's scheint es wohl mehr denn je, als hätte der Gesetzgeber nur eine ausdrückliche Aufnahme der exceptio doli generalis nicht gewünscht, sei aber von ihrem Bestehen auf Grund der im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegten Grundsätze von Treu und Glauben durchaus durchdrungen.

Wie dem auch sein mag — eindeutig feststellen läßt sich heute auf Grund der vorhandenen Quellen die Ansicht des Gesetzgebers nicht mehr —, so können wir doch sagen, und uns wird selbst die Meinung derer, die das Bestehen der exceptio doli generalis leugnen, zugeben müssen, daß die Ansicht des Gesetzgebers immer nur Hilfe bei der Auslegung einer Norm (vgl. oben) sein kann, nie die Norm selbst.

Wir werden deshalb jetzt in das Gesetz gehen müssen und zu erforschen suchen, was dieses selbst über die sog. exceptio doli generalis erkennen läßt.

§ 4.

Die Ableitung der sog. exceptio doli generalis aus den Normen des BGB.

Ausgehen müssen wir also von den vorher festgestellten Tatsachen:

1) Die sog. exceptio doli generalis ist nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen.

2) Die Meinung des Gesetzgebers, ob sie trotzdem im Gesetze enthalten sei, läßt sich heute nicht mehr genau feststellen und muß daher bei der weiteren Untersuchung unberücksichtigt bleiben.

Wollen wir trotzdem aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die exceptio doli generalis herauslesen, so werden wir zweifellos im Gesetze nach Normen suchen müssen, die mit der in Rom entstandenen und auch im gemeinen Rechte geübten Einrichtung derart verwandt sind, daß sie auf Grund dieser BGB.-Vorschriften auch noch als in der Gegenwart bestehend anerkannt werden muß.

In Frage kommen, wie das schon zur Zeit der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches richtig erkannt wurde, alle die Normen, welche die Grundsätze von Treu und Glauben zum Ausdruck bringen, also vor allem §§ 133, 138, 157, 162, 242, 826.

Und in der Tat ist der Versuch gemacht worden, auf diese Vorschriften das Bestehen der sog. exceptio doli generalis im Bürgerlichen Gesetzbuche zurückzuführen. Vor allem hat sich hier die Praxis des Reichsgerichts in einer Reihe von Entscheidungen um die Rechtfertigung der exceptio doli generalis auf der Basis der obenstehenden Paragraphen bemüht.

Allerdings wendet das Reichsgericht hierbei eine Methode an, die man mehr eine scholastische als eine modern-wissenschaftliche, das heißt voraussetzungslos forschende nennen muß. Ebenso wie bei den Scholastikern steht auch für das Reichsgericht von vornherein das Ergebnis der Forschung fest. Es kommt nur darauf an, dieses Ergebnis zu beweisen. So finden wir z. B. in der Entscheidung Band 71, S. 435 ausgesprochen: „Die Rechtsprechung hat für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches die Existenz einer exceptio doli generalis ausdrücklich anerkannt." Es wird in dieser Entscheidung

dann weiter ausgeführt, daß diese für die Praxis feststehende These nur verschieden begründet werden kann.

Wir aber dürfen bei unserer Untersuchung nicht so vorgehen, sondern müssen zunächst feststellen, was eigentlich die Grundsätze von Treu und Glauben im Bürgerlichen Gesetzbuche aussprechen, ob sie dasselbe zum Ausdruck bringen wie die sog. exceptio doli generalis. Erst nach dieser Prüfung werden wir ein bestimmtes Resultat vor Augen haben.

Da es keine Legaldefinition gibt, ist von zahlreichen Schriftstellern versucht worden, die Begriffe Treu und Glauben auszulegen. Nur die hauptsächlichsten Ansichten wollen wir als Hilfe bei unserer Untersuchung zitieren.

Crome[25]) meint: „Treu und Glauben sind die allgemeinen sittlichen Grundlagen des Verkehrs, nach denen (im Gegensatz zum Buchstaben) der Inhalt der Verpflichtung zu bestimmen ist. Entscheidend ist die Auffassung der Allgemeinheit, nicht die subjektive Ansicht der Parteien des Schuldverhältnisses. Auf der anderen Seite ist bei der Beurteilung auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen. Diese ist zeitlich und örtlich, ja selbst unter Umständen nach der Art des Personenkreises, dem Gläubiger und Schuldner angehören, eine verschiedene (z. B. eine andere in Börsenkreisen als unter Landleuten). Uebrigens ist die Verkehrssitte nicht selbständige Beurteilungsform, sondern nur adminikulierend bei der Beurteilung der Leistung nach Treu und Glauben in Betracht zu ziehen."

Dernburg schreibt zu Treu und Glauben[26]): „Nichts anderes will das Gesetz, als daß der Richter zur Richtschnur nehmen soll, was bei dem Schuldverhältnis nach den Zwecken des Geschäfts und der Sitte anständig und gerechtdenkender Menschen von dem anderen Teile erwartet werden dürfte."

Oertmann sagt von Treu und Glauben[27]): „Jedenfalls ist der Begriff ein rein objektiver, von den subjektiven Momenten des guten und des bösen Glaubens durchaus zu scheiden. Eine entsprechende innere Absicht ist zur Beobachtung des § 242 weder erforderlich noch ausreichend. Was übrigens Treu und Glauben bedeutet, ist

25) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, S. 26.
26) Dernburg, Bürgerliches Recht, II, S. 24.
27) Oertmann, Kom., Recht der Schuldverh. § 242 Anm. 2, 3.

leichter zu empfinden als klar zu formulieren. Die Rücksicht auf die Verkehrssitte wird nicht als zweiter gleichberechtigter Grundsatz neben Treu und Glauben aufgestellt. Sie soll vielmehr nur bei Feststellung des im Einzelfall nach Treu und Glauben erforderlichen vornehmlich berücksichtigt werden, s. Prot. S. 625."

Stammler äußert sich so[28]): „Treu und Glauben ist die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angibt."

Staudingers Ansicht geht dahin[29]): „Treu und Glauben entspricht offenbar dem aequum et bonum der Römer. Die Grundsätze von Treu und Glauben sind die Grundsätze eines anständigen Rechtsverkehrs. Sie sind objektive Grundsätze."

Wie verschieden im einzelnen die erwähnten Definitionen von „Treu und Glauben" auch sein mögen, als das ihnen allen Gemeinsame können wir doch feststellen, daß Treu und Glauben als objektiver Maßstab zu betrachten ist. Nicht was der Einzelne für billig und gerecht halten kann ist ausschlaggebend, sondern allein das, was die Gesamtheit aller anständig und gerecht denkenden Deutschen dafür hält. Wenn hierbei auch noch sekundär die Verkehrssitte zu berücksichtigen ist, so dürfen wir wohl doch sagen (und die obenstehenden Zitate werden es nur bekräftigen): Treu und Glauben sind Begriffe, welche der tief in unseres Volkes Seele ruhenden Auffassung von Recht und Gerechtigkeit Rechnung tragen wollen. Sie wollen Unbilligkeiten, die wir alle als solche empfinden, aber nicht mit klipp und klaren Rechtssätzen aufzeigen können, im Gegenteil, nach dem genauen Wortlaut des Gesetzes als „Recht" bezeichnen müßten, bekämpfen. Das aber ist ja auch der wahre Inhalt der sog. exceptio doli generalis; denn auch sie will der aequitas zum Siege verhelfen, wenn objektiv ein Verstoß contra bonam fidem vorliegt. Wir können also nunmehr feststellen: die sog. exceptio doli generalis ist im Bürgerlichen Gesetzbuche enthalten, sie ergibt sich aus den Vorschriften über Treu und Glauben.

Zu klären bleibt hiernach lediglich noch, ob sich für die Begründung der sog. exceptio doli generalis aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches heraus ein ein für alle Male feststehendes

28) Stammler, Recht der Schuldverh. S. 40.
29) Staudinger, Kom., Recht der Schuldverh. § 242 I.

Konstruktionsprinzip aufstellen läßt. Es besteht hinsichtlich dieser Frage ein Gegensatz zwischen dem Reichsgericht und einer im Kommentar der Reichsgerichtsräte vertretenen Ansicht. Während das Reichsgericht keine stets gleichbleibende Begründung der sog. exceptio doli generalis in den Entscheidungen, die sich mit ihr befassen, gegeben hat, versucht der Kommentar der Reichsgerichtsräte einheitliche Grundsätze zu schaffen.

Das Reichsgericht hat bisher drei Konstruktionsmöglichkeiten der sog. exceptio doli generalis aufgestellt und im wesentlichen an ihnen bis zur Gegenwart festgehalten[30]).

Einmal soll sich diese Einrede aus § 826 in Verbindung mit § 249 ergeben. In Band 58 Nummer 90 heißt es: „Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält freilich keine allgemeine Bestimmung über die Einrede der Arglist, wodurch dieser eine Geltung in gleichem Umfange, wie nach früherem gemeinen Rechte, ausdrücklich gesichert würde. Es kann dahin gestellt bleiben, wie weit § 138, I oder § 242 BGB. zu dem gleichen Ergebnis führen würde. Jedenfalls ergibt sich aber dasselbe in einem Falle von der Art des vorliegenden aus § 826 in Verbindung mit § 249. Da der Kläger ... in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Beklagten vorsätzlich den Schaden zugefügt hat, so muß er dem Beklagten nach § 826 diesen Schaden ersetzen und zwar nach § 249 vor allem dadurch, daß er seinen Anspruch nie geltend macht. Daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche eine solche Einrede gegen einen durch eine unerlaubte Handlung erlangten Anspruch begründet ist, ergibt sich aus § 853 desselben."

Ferner meint das Reichsgericht auch die sog. exceptio doli generalis aus § 242 allein ableiten zu können. In Band 53, S. 420 lesen wir, man soll dem Schuldner „nicht die auch dem Bürgerlichen Gesetzbuche nach § 242 nicht fremde Einrede der Arglist abschneiden."

---

30) Wenn Neukam (S. 47) auch der Meinung ist, „In der neuesten Zeit ist das Reichsgericht auch dazu übergegangen, den § 242 als die alleinige Grundlage für eine Arglisteinrede anzusehen" und sich dabei auf die RGZ.-Entscheidungen Bd. 107, S. 181; 107, S. 356; 140, S. 132 beruft, so lassen jedenfalls diese Verweisungen keine Stütze für die von ihm vertretene Ansicht erkennen. Es ist zwar richtig, daß das RG. auch aus § 242 allein die sog. exceptio doli generalis ableitet (vgl. die oben gleich nachfolgende Entscheidung Bd. 53, S. 422). Indessen ist dies nur eine der drei Konstruktionsmöglichkeiten, die das Reichsgericht für die exceptio doli generalis verwendet, nicht aber die „neuerdings alleinige".

Und schließlich soll sich die sog. exceptio doli generalis aus dem das ganze Bürgerliche Gesetzbuch regierenden Prinzip von Treu und Glauben ergeben, das einen sichtbaren, aber nicht abschließenden Ausdruck in den §§ 157, 226, 242, 826 gefunden hat. Diese letzte Konstruktionsmöglichkeit ergibt Band 85, S. 117: „Das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird durchdrungen von dem Grundsatze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatze der Zurückweisung jeder Arglist im weitesten Sinne. Die §§ 157, 226, 242, 826 erscheinen nur als besondere Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips ... das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelten Wortlautes."

Gegenüber diesen Ansichten des Reichsgerichts meint der Reichsgerichtsrätekommentar[31]), daß die allgemeine Einrede der Arglist „in Vertragsverhältnissen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben in §§ 157, 242 BGB. herzuleiten ist, außerhalb des Vertragsgebietes aber in §§ 226, 826 BGB. ihre gesetzliche Grundlage findet."

Die vom Kommentar der Reichsgerichtsräte aufgestellten Richtlinien sind lediglich Behauptungen, die jeglichen Beweises ermangeln. Wenn auch § 157 bezw. § 242 von Verträgen sprechen, §§ 226, 826 dagegen nicht, so kann doch das kein Grund sein, die sog. exceptio doli generalis in Vertragsverhältnissen auf §§ 157, 242 in außervertraglichen auf §§ 226, 826 zu stützen. Es ist doch vielmehr weitverbreitetste und u. E. auch richtige Ansicht, die Grundsätze des § 242 gelten nicht allein für vertragliche Verhältnisse, sondern überhaupt für alle Schuldverhältnisse. Es ist daher die prinzipielle Unterscheidung, im Gebiete der Kontrakte müsse die exceptio doli generalis auf §§ 157, 242 außerhalb der Vertragsverhältnisse aber auf §§ 226, 826 gegründet werden, zumindest nicht erschöpfend. In vielen Fällen wird sich mit der vom Kommentar der Reichsgerichtsräte vertretenen Ansicht arbeiten lassen. Indessen wird es auch Fälle geben, in denen die sog. exceptio doli generalis am Platze wäre, sich aber nicht mit der vom Kommentar der Reichsgerichtsräte gegebenen Methode konstruieren ließe.

---

31) Kom. d. Reichsger.Räte, 18. Aufl. 1934, § 826, Anm. 6.

Um aber auch für alle in Frage kommenden Fälle eine Konstruktion zu haben, erscheint es uns richtiger, grundsätzlich die allgemeine Arglisteinrede aus den gesamten Vorschriften von Treu und Glauben abzuleiten, also aus §§ 133, 138, 157, 162, 242, 826[32]).

Wenn das Reichsgericht nun im einzelnen Falle die sog. exceptio doli generalis nur auf diese oder jene der von uns genannten Normen gestützt hat, so mag das für den einzelnen Fall auch genügen, ja vielleicht noch einleuchtender sein. Indessen wird dieses Vorgehen immer nur eine Begründung der Arglisteinrede für den gerade vorliegenden Fall (oder gleichgeartete Fälle) schaffen. Die von uns vorgeschlagene Methode hingegen wird in jedem Falle den Vorteil haben, für alle in Frage kommenden Fälle der sog. exceptio doli generalis auch eine konstruktive Handhabe zu bieten.

Wir sind uns hierbei allerdings klar, daß unsere Ableitungsmethode in der Hand der schnell arbeitenden Praxis ein sehr gefährliches Mittel sein kann; denn es könnte, wie schon Hager[33]) ganz richtig bemerkt, „das Hantieren mit einer allgemeinen, das ganze Recht beherrschenden Treu und Glaubensmaxime in der Praxis dahin führen, daß positive Vorschriften des Gesetzes unter Berufung auf das allgemeine Prinzip durch unkontrollierbare Billigkeitserwägungen verdrängt würden." Wir geben daher zu, daß die vom Reichsgericht angewandte Taktik, die exceptio doli generalis je nach Lage des Falles möglichst aus ganz bestimmten Treu- und Glaubensvorschriften abzuleiten, die von Hager angeführten Gefahren am ehesten unterbinden kann. Im Rahmen unserer Betrachtung kam es aber weniger darauf an auszuführen, welche Konstruktionsmethode im einzelnen Falle die geeignetere ist, sondern vor allem festzustellen, woraus sich die exceptio doli generalis grundsätzlich in allen Fällen ableiten läßt.

---

32) Vgl. zu unserer Ansicht auch Neukam, S. 46.
33) Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen Bürgerlichen Rechte, S. 141.

§ 5.

Die Bedingungen, unter denen die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit durchgreift.

Nachdem wir in § 4 das Bestehen der sog. exceptio doli generalis für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches erwiesen haben, dürfen wir uns jetzt der Frage zuwenden, unter welchen Voraussetzungen sie gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit durchgreift.

Ausgehen müssen wir von der Tatsache, daß das Gesetz die Nichtbeachtung einer gesetzlich (oder rechtsgeschäftlich) vorgeschriebenen Form für ein Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit desselben ahndet, und daß daher die Berufung auf Formnichtigkeit lediglich den Hinweis auf einen gesetzlich bestehenden Zustand bedeutet, demgegenüber es grundsätzlich keine Berufung auf Treu und Glauben gibt. Das ist auch Ansicht unseres obersten Gerichtshofes und der Wissenschaft. Z. B. heißt es in RGZ., Band 51, S. 1, 5: „Wo Formvorschriften eingreifen, da kann, wenn anders die Formvorschrift ihre Bedeutung behalten soll, der Berufung auf Treu und Glauben nicht stattgegeben werden."

Dasselbe bringt Band 52, S. 5 zum Ausdruck: „Das Reichsgericht bleibt dabei stehen, daß Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen muß, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos würden"[34]).

Die Wissenschaft sagt einhellig das gleiche, und wir können es daher bei den Zitaten zweier Meinungen bewenden lassen.

Staudinger[35]): „Durch die Replik der Arglist und durch Berufung auf Treu und Glauben kann der Einwand der Nichtigkeit des Geschäftes wegen Formmangels im allgemeinen nicht entkräftet werden, wie überhaupt die Berufung auf eine gesetzliche Vorschrift im allgemeinen keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt; sonst würde ja die Vorschrift (§ 125 BGB.) in ihrer praktischen Bedeutung illusorisch."

---

34) Vgl. ferner RGZ. Bd. 72, S. 343; Bd. 73 S. 209, 210; Bd. 82 S. 304; Bd. 96, S. 315; auch in diesen Entscheidungen wird ausgesprochen, daß es grundsätzlich gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit keine exceptio doli generalis gibt.

35) Staudinger: Kom. z. BGB., 9. Aufl., § 125 II, Anm. 8.

Oertmann[36]): „Denn durch diese (gemeint ist die Berufung auf Formnichtigkeit) werde der Gegenpartei nichts, was sie bisher hatte, genommen, sondern nur die an sich einwandfreie Folgerung aus der Unverbindlichkeit der Formungültigkeit gezogen."

Ferner stimmen Theorie und Praxis auch darin überein, daß trotz dieser grundsätzlichen Ablehnung der allgemeinen Arglisteinrede gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit in bestimmt gelagerten Fällen doch eine exceptio doli generalis gegeben werden muß. Nur darin sind sie nicht einig, wann die Bedingungen erfüllt sind, die diese Einrede rechtfertigen.

Das Reichsgericht nun hat, wie seine Entscheidungen lehren, keine festen Prinzipien aufgestellt, wann die exceptio doli generalis zuzulassen ist. Ursprünglich gab es sie bei einem Tatbestande, in dem der sich auf Formnichtigkeit berufene Teil diese nicht in der Absicht herbeigeführt hatte, um sich später auf die Nichtigkeit berufen zu können, sondern es genügte, daß der sich auf Formnichtigkeit berufende Teil die Verletzung (oder Vernachlässigung) der Formvorschrift allein schuldhaft verursacht hatte. So lesen wir in den Gründen der Entscheidung des III. Ziv.Sen. vom 15. Nov. 1907 (Seuff. Arch. 63 Nr. 196 S. 349): „Ob die Ausführung des Berufungsrichters zu billigen wäre, daß die von dem Beklagten einredeweise behauptete nachträgliche mündliche Vereinbarung, es solle die Bestimmung des § 21 des Mietvertrages vom 9. August 1901 und vom 27. Nov. dann nicht Platz greifen, wenn die Kündigung des Mietverhältnisses durch den Kläger erfolge, formlos gültig sei, weil die nach § 566 BGB. für den Mietvertrag vorgeschriebene Schriftform sich auf Nebeneinreden nicht beziehe, und die Parteien eine bloße vertragsmäßig festgesetzte Formvorschrift nachträglich jederzeit beliebig und formlos ändern könnten, kann dahingestellt bleiben. Denn auch wenn man annimmt, daß die von dem Beklagten behauptete nachträgliche mündliche Aenderung des § 21 des Mietvertrages schon nach § 566 BGB. zu ihrer vollen Gültigkeit der Schriftform bedurft hätte, stellt sich doch die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO.). Die Wirkung des Mangels der Form wird nämlich hier in jedem Falle

36) Oertmann in „Das Recht" 1914, S. 9.

dadurch beseitigt, daß der Kläger nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten selbst die Schuld daran trägt, daß die Form nicht beobachtet worden ist. Zwar muß auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten, was schon für das gemeine deutsche und preußische Recht anerkannt war, daß die sog. exceptio doli generalis nicht dazu gemißbraucht werden darf, die Formvorschriften der Gesetze als etwas wider Treu und Glauben Gehendes zu beseitigen. Deshalb kann in dem bloßen Hinweis einer Partei darauf, daß die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gesetzlich erforderliche Form nicht beobachtet worden sei, niemals eine Arglist gefunden werden. Aber darum allein handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Der Beklagte macht vielmehr geltend, er sei bereit gewesen, die Abmachung schriftlich abzufassen, der Kläger habe dies aber für unnötig erklärt. Läßt sich hiernach auch, immer vorausgesetzt, daß das tatsächliche Vorbringen des Beklagten erwiesen wird, nicht ohne weiteres behaupten, der Kläger habe damals absichtlich die schriftliche Abfassung der Abänderung verhindert, um sich später gegebenenfalls auf den Mangel der Schriftform berufen zu können, so handelt er doch jedenfalls jetzt wider Treu und Glauben, wenn er aus seinem eigenen damaligen Verschulden, das allein die Ursache ist, weshalb die Aenderung nicht schriftlich abgefaßt worden ist, zum Nachteil des Beklagten für sich einen Vorteil herleiten will. Mindestens dieses jetzige Verhalten des Klägers begründet daher die Einrede der Arglist."

In der späteren Zeit ist das Reichsgericht von der in dieser Entscheidung vertretenen Ansicht insofern abgewichen, als es die Arglisteinrede nicht schon dann zuließ, wenn die Schuld des Klägers allein darin bestand, daß er die Anregung zur Formnichtigkeit gegeben hatte. Wenn es auch noch im 96. Bande, S. 315 aussprach, eine Arglist sei dann zu bejahen, wenn eine Partei die Form für unnötig erklärt und sich später trotzdem auf den Formmangel beruft, so verlangte es in dieser Entscheidung außerdem, daß der Teil, demgegenüber die Arglisteinrede Erfolg haben sollte, beim Abschluß des Vertrages in dem anderen Teile einen Irrtum über die Formnotwendigkeit erregt haben mußte. Wir lesen: „Nicht aber ist der Einwand der Arglist schon dann gerechtfertigt, wenn die

Partei die Formwahrung fahrlässig unterläßt, obwohl ihr die Formnotwendigkeit bekannt sein mußte, und wenn sie erst lange Zeit nach dem Vertragsschluß im späteren Prozeß den Formmangel geltend macht. Hier fehlt die Einwirkung auf den Irrtum des Gegners über die Notwendigkeit der Form."

Diese Voraussetzung, es müsse der, dem man arglistiges Handeln vorwerfen wolle, im Geschäftspartner einen Irrtum über die Formnotwendigkeit hervorgerufen haben, kommt besonders in der in Band 107 S. 357 ff. abgedruckten Entscheidung zum Ausdruck. Hier führte das Reichsgericht auch zum ersten Male in eingehender Weise aus, wann es die Voraussetzungen der allgemeinen Arglisteinrede als gegeben ansehe. Anlaß zu diesen Erörterungen gab folgender Fall: Der Kläger hatte durch notariell beurkundeten Vertrag sein Grundstück an den Beklagten verkauft. Die Uebergabe des Grundbesitzes war an den Beklagten erfolgt, die Auflassung dagegen noch nicht. Der Kläger hatte dann die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages angestrengt mit der Behauptung, der in der notariellen Urkunde angegebene Kaufpreis sei nicht der richtige gewesen. Es müsse daher der Beklagte den Grundbesitz und das Inventar herausgeben. Der Beklagte hatte der Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit des Vertrages die allgemeine Arglisteinrede entgegengesetzt. Er stützte sich dabei auf folgenden unter Beweis gestellten Sachverhalt: „Der Kläger habe nach Leistung der Anzahlung durch den Beklagten erklärt, er werde den Vertrag nur beurkunden lassen, wenn diese Anzahlung im notariellen Vertrage nicht beurkundet werde, und ferner, daß auf der Fahrt zum Notar der Beklagte den Kläger mit Rücksicht auf dessen Erklärung gefragt habe, ob ihm auch nichts passieren könne, da er sonst mit seiner Familie auf der Straße liegen würde, und hinzugefügt habe, der Kläger müsse dafür garantieren, daß ihm nichts passiere, und daß der Kläger darauf geantwortet habe, er garantiere dafür, mit dem Hinzufügen, da 27 500 Mark gezahlt seien, sei jetzt der „richtige" Kaufpreis 200 000 M.; ferner auch noch, daß der Kläger als Grundstückshändler genau gewußt habe, daß die Beurkundung des voraus bezahlten Kaufpreises nötig war, während der Beklagte davon keine Ahnung gehabt habe."

Das Reichsgericht hat diesen Sachverhalt als ausreichend für die

Zulassung der allgemeinen Arglisteinrede angesehen. In den Gründen heißt es, eine exceptio doli generalis sei gegeben, „wenn gegenüber der Bereitwilligkeit einer Partei, die vorgeschriebene Form zu erfüllen, die andere Partei erklärt habe, das sei unnötig, und wenn sie dadurch jene in den Irrtum versetzt habe, die Form sei zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich, und daß ein gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßendes Verhalten vorliege, wenn diese Partei aus ihrem eigenen damaligen Verhalten, welches allein die Ursache für die Nichterfüllung der Form gewesen sei, jetzt zum Nachteil der anderen einen Vorteil für sich herleiten wolle, und zwar auch dann, wenn die Absicht, sich auf den Mangel zu berufen, um den Vertrag nicht zu erfüllen, nicht von vornherein bestanden habe."

In der Entscheidung wird ferner ausgesprochen, daß eine bloße Anregung, die Form nicht zu beobachten, die von einer Partei ausgegangen und auf welche die andere eingegangen ist, die erstere nicht hindere, den Formmangel geltend zu machen: „Dazu ist vielmehr erforderlich, daß die andere Partei durch sie in den Irrtum versetzt worden ist, die Form sei nicht nötig."

Darüber, wann die dolose Partei den für unsere Arglisteinrede erheblichen Irrtum in der anderen Partei erregt hat, läßt sich das Reichsgericht noch im einzelnen unter Heranziehung der Grundsätze von culpa in contrahendo aus. Demnach wird verlangt, daß die dolose Partei den Irrtum in der anderen verschuldet hat (siehe auch schon oben). Nicht aber ist dabei eine vorsätzliche Herbeiführung des Irrtumes im Partner erforderlich, eine fahrlässige Bewirkung des Irrtums (im Sinne von § 276 BGB.) reicht aus[37]).

Die in dieser Entscheidung (also RGZ. Bd. 107, S. 357 ff.) herausgestellten Grundsätze sind für die meisten bis zur Gegenwart nachfolgenden Entscheidungen, in denen die allgemeine Arglisteinrede gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit angezogen wurde, als Grundbedingungen gefordert worden[38]). Nur bei ihrem Vor-

37) Vgl. im einzelnen RGZ. Bd. 107, S. 362.

38) Vgl. dazu etwa die Entscheidungen des RG. in: Recht 1924, Nr 1443; 1927 S. 661 Nr. 2197; Jur. Rundschau 1925 Nr. 674, Nr. 1004; Gruch. Beitr. Bd. 68, S. 651; LZ. 1926, S. 696/97; 1927, S. 1010/11; JW. 1926 S. 1810/11; 1927, S. 218. RGZ. Bd. 117, S. 121 ff.; Bd. 118, S. 269; Bd. 135, S. 224 insbes. S. 376.

liegen hat das Reichsgericht die exceptio doli generalis zugelassen.

In zwei Fällen jedoch ist das Reichsgericht von seinem sonst vertretenen Standpunkte abgewichen und gewährte die allgemeine Arglisteinrede zunächst bei folgendem Tatbestande[39]): Die Parteien hatten am 15. Febr. 1914 einen privatschriftlichen Vertrag geschlossen, durch den der Kläger mit den Vorarbeiten zur Gründung einer Baugenossenschaft zwecks Verwertung des Grundbesitzes des Beklagten als Siedlungsland beauftragt wurde, und ihm für diese Vorarbeiten, falls es zur Gründung der Genossenschaft bis zum 31. Dezember 1914 käme, 5000 Mark, andernfalls für die nachgewiesenen Auslagen etc. eine angemessene Vergütung, jedoch höchstens 3000 Mark, zugesagt wurden. Der Kläger leistete Vorarbeiten, erzielte jedoch die Genossenschaftsgründung nicht! Der Beklagte trat am 11. Juli 1917 vom Vertrage zurück und zahlte 3000 Mark an den Kläger. Dieser klagte auf eine angemessene Vergütung in Höhe von 24 185 Mark für seine geleisteten Vorarbeiten, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages vom 15. Febr. 1914 wegen Außerachtlassung der Formvorschrift des § 313 BGB. berief.

In den Gründen bringt die Entscheidung zunächst die von uns schon geschilderte Ansicht — eine Berufung auf Formnichtigkeit verstoße grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben, indessen gäbe es auch vom Reichsgericht anerkannte Ausnahmefälle — zum Ausdruck. Nachdem dann festgestellt wird, daß das Verhalten des Klägers im vorliegenden Falle einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, wird dies wie folgt begründet: „Zwar waren beide Vertragsteile, wie festgestellt ist, des Glaubens, der Vertrag sei gültig, ohne daß es einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe. Der Kläger hat also nicht etwa den Beklagten in den Irrtum versetzt oder in dem Irrtum belassen, daß eine Form nicht erforderlich sei, in der Absicht, später, wenn es ihm vorteilhaft erscheine, die Nichtigkeit geltend zu machen. Aber der Verstoß gegen Treu und Glauben ist darin zu finden, daß der Kläger die Nichtigkeit des Vertrages lediglich geltend macht, um sich einen Vorteil zu verschaffen, den er bei Gültigkeit nicht einmal hätte beanspruchen können." Es wird dann weiter ausgeführt, es sei festge-

39) RG. in Seuff. Arch. Bd. 77, S. 181.

stellt, daß der Kläger, obgleich ihm vom Beklagten zur Begründung der Genossenschaft weit über den vertraglichen Endtermin (31. Dezember 1914) Zeit gelassen sei, diese doch nicht zustande gebracht habe. Es sei auch weiter festgestellt, daß der Beklagte bis zuletzt den Vertrag als gültig behandelt habe und nur deshalb, weil der Kläger nach seinem eigenen Zugeständnis die Vertragsbedingung, Gründung der Genossenschaft, nicht bewerkstelligen konnte, der Beklagte sich auch die spätere Gründung unter den völlig veränderten Nachkriegsbedingungen nicht gefallen zu lassen brauchte, vom Vertrage zurückgetreten sei. In diesem Falle hätte bei Gültigkeit des Vertrages der Kläger nur einen Anspruch auf höchstens 3000 Mark gehabt. Er würde auch, ebensowenig wie der Beklagte, falls die Genossenschaftsgründung gelungen wäre, niemals die Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels geltend gemacht haben. Wörtlich heißt es dann: „Ein Vertragsteil aber, der im Falle des von seiner eigenen Tätigkeit abhängenden Eintritts der Vertragsbedingung die Vorteile des nichtigen Vertrages zwar für sich in Anspruch genommen hätte, im Falle des Nichtgelingens seiner Tätigkeit aber unter Berufung auf die formale Nichtigkeit des Vertrages sich weit größere Vorteile verschaffen will, als ihm in diesem Falle bei Gültigkeit des Vertrages zugestanden hätten, verstößt durch die Geltendmachung der Nichtigkeit gegen Treu und Glauben."

Hieraus erkennen wir, daß das Reichsgericht die allgemeine Arglisteinrede nicht nur bei schuldhafter Bewirkung des Irrtums (der Vertrag sei gültig) im Partner bei Vertragsschluß gibt, sondern daß ein gerade passender Wechsel des Rechtsstandpunktes zu Ungunsten des Partners auch ausreicht, die exceptio doli generalis zu begründen.

Derselben Ansicht ist das Reichsgericht auch in folgendem Falle gewesen[40]): Es hatten der Kläger und die Ehefrau des Beklagten einen Grundstückskaufvertrag geschlossen. Der beklagte Ehemann hatte dem Kläger eine Schuldurkunde über 15 000 Mark, einen Teil des Kaufpreises, ausgestellt. Um diese Summe wurde der Kaufpreis in dem notariell beurkundeten Kaufvertrag niedriger angege-

40) Vgl. RG. in JW. 1927, S. 973/74.

ben. Somit war der notarielle Kaufvertrag wegen unrichtiger Kaufpreisbeurkundung nichtig. Schuldhaft in dem für die Arglisteinrede sonst verlangten Sinne war die Nichtigkeit von keiner Partei verursacht worden. Trotz Auflassung und Eintragung der Ehefrau als Eigentümerin war die Vertragsnichtigkeit nicht geheilt worden. Es fehlte die nach dem preußischen Grundstücksverkehrsgesetz (vom 10. 2. 1923) notwendige behördliche Genehmigung. Das Grundstück war aber inzwischen von der Ehefrau mit Einwilligung ihres beklagten Ehemannes weiter veräußert. Als der Kläger nun im Urkundenprozeß die 15 000 Mark aus dem Schuldscheine heraus einklagte, wandte der Beklagte ein, er kondiziere infolge der Nichtigkeit des Kaufvertrages den von ihm im Schuldscheine anerkannten Teilkaufpreis von 15 000 Mark.

In den Gründen heißt es: „Der Beklagte hat zum Weiterverkaufe des Grundstückes seine — nach §§ 1395, 1363, II BGB. erforderliche — Einwilligung erteilt. Er hat hierdurch trotz der Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages und der deshalb begründeten Verpflichtung seiner Ehefrau zur Rückgabe des Grundstücks dazu entscheidend mitgewirkt, daß der Anspruch des Klägers auf Rückgabe vereitelt wurde. Es muß in hohem Maße als Treu und Glauben widersprechend bezeichnet werden, wenn er sich der Forderung des Klägers gegenüber auch jetzt noch auf Nichtigkeit des auch von ihm vorher als wirksam behandelten Vertrages beruft. Das umsomehr, als ihm bei seiner Zustimmung zur Weiterveräußerung der Anspruch des Klägers bekannt war. Der Einrede des Beklagten steht daher die Replik der Arglist entgegen."

Bevor wir jetzt auf die vom Reichsgericht vertretenen Anschauungen, unter welchen Bedingungen die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit zu gewähren ist, näher eingehen, möchten wir zunächst noch die Hauptansichten der Wissenschaft hinsichtlich dieses Problems herausstellen, um dann die Auffassung der Theorie und der Praxis gleichzeitig kritisieren zu können.

Anlaß, sich mit der Frage besonders zu beschäftigen, bot den Theoretikern vor allem die eingangs dieses Paragraphen vorgetragene Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. 11. 1907 (in Seuff. Arch., Bd. 63, S. 349).

Schon Weißler[41]) meint, die dort vertretene Auffassung — darin, daß eine Partei die Beobachtung der Form für unnötig erklärt, ein Verschulden dieser Partei zu finden und ihr auf Grund dessen die Berufung auf die Form zu versagen — sei eine Anschauung, die das Reichsgericht nicht wird aufrecht erhalten können.

Hoeniger[42]), der sich ebenfalls mit dieser Entscheidung befaßt und aus ihr den u. E. nicht zu Recht bestehenden Grundsatz herauslesen will, „Wer durch unerlaubte Handlung die Formungültigkeit eines Geschäftes herbeigeführt hat, muß das Geschäft trotz der Formnichtigkeit seinem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen", kommt zu der Ansicht, die Voraussetzung für die Arglisteinrede sei nur dann gegeben, wenn derjenige, der sich auf die Formnichtigkeit beruft, diese durch Delikt herbeigeführt hat. Er sagt: „Gegen denjenigen, der durch Delikt die Formungültigkeit eines Geschäftes herbeigeführt hat, muß der Inhalt dieses Geschäftes irgendwie zu Bestand gebracht werden." Wenn jedoch die Gegenpartei die Formungültigkeit bei Abschluß des Vertrages kannte oder etwa mit ihr einverstanden war, dann helfe auch kein deliktisches Verhalten dessen, der sich auf Formnichtigkeit beruft, um der Gegenpartei die Arglisteinrede zu gewähren. Es liege auf ihrer Seite Mitverschulden im Sinne von § 254 BGB. vor. Nicht nur Wissen, bezw. Einverständnis sei Mitverschulden, sondern es reiche bereits die auf jeder (auch der leichtesten) Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis über die Formnichtigkeit aus. Hoeniger faßt seine Ansicht so zusammen[43]): „Die Voraussetzungen für den zu erörternden Rechtsbegriff (er meint die Arglisteinrede) sind doppelter Art, einmal positiv, daß die Herbeiführung der Formnichtigkeit durch die eine Partei voll den Tatbestand eines zivilrechtlichen Delikts erfüllt, und zweitens negativ, daß die andere Partei die Formnichtigkeit weder kennt, geschweige denn gar einverstanden mit ihr ist, noch sich in einer auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis darüber befindet"[44]).

---

41) Weißler, Z.NotV. 1909, S. 75.
42) Hoeniger, Z.NotV. 1909, S. 673 ff.
43) Vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 681.
44) Vgl. hierzu auch Hoeniger in Zschr.NotV. 1910, wo er auf Seite 607—609 denselben Standpunkt vertritt.

Reichel[45]), der von Hoeniger viel zitiert wird und sich im Rahmen einer größeren Abhandlung auch über die Voraussetzungen der Arglisteinrede ausläßt, will sie nur dann gewähren, wenn der eine Geschäftsgegner in einer gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßenden Weise den anderen Teil zum Abschlusse eines formnichtigen Rechtsgeschäftes bestimmt und zwar durch die „vorsätzliche" Erregung oder Unterhaltung des Irrtums, das Geschäft sei gültig[46]). Wenn aber der die exceptio anziehende Teil um die Formnichtigkeit gewußt hat, dann versage die Einrede. Nicht sei dies auch der Fall bei fahrlässigem Nichtwissen; denn es stehe dem Wissen nicht gleich. Jedoch bei „greiflichster und gröblichster" Fahrlässigkeit könne das ausnahmsweise angenommen werden[47]).

Josef[48]), der sich ebenfalls mit der vom Reichsgericht gefällten Entscheidung (Seuff. Arch. Bd. 63, S. 344) befaßt, glaubt auch wie Hoeniger, der dort für die Begründung einer Arglisteinrede als ausreichend angesehene Sachverhalt könne diese niemals rechtfertigen. Er ist vielmehr der Ansicht, nur eine vorsätzliche deliktische Herbeiführung der Nichtigkeit bei Vertragsschluß durch den, der die Nichtigkeit geltend macht, könne dann, wenn durch dieses Verhalten der Gegner in den Irrtum über die Gültigkeit des Vertrages gesetzt ist, die Doluseinrede begründen. Aufgehoben werde sie nur dann, wenn der Gegner die Formnichtigkeit gekannt habe. Bringt diese Auffassung gegenüber den Anschauungen von Hoeniger und Reichel nichts Neues, so unterscheidet sie sich von beiden dadurch, daß Fahrlässigkeit bei Unkenntnis auf Seiten dessen, in dem der Irrtum erregt ist, diesem in keinem Falle schaden dürfe, „weil der wegen Arglist in Anspruch Genommene sich niemals darauf berufen kann: der Geschädigte sei nur infolge von Vertrauensseligkeit der Arglist zum Opfer gefallen"[49]).

Auch Planck[50]) äußert sich über die Voraussetzungen der exceptio doli in ähnlichem Sinne wie die vorgenannten Schriftsteller. Er

45) Reichel, in Arch. f. d. Ziv.Pr. Bd. 104, S. 1 f.
46) Reichel, a. a. O., S. 44.
47) Reichel, a. a. O., S. 45 und 51.
48) Josef, Arglist. Herbeiführg. d. Formnichtigkeit, in Arch. f. Bürg.Recht, Bd. 36, S. 60 ff.
49) Vgl. hierzu Josef, a. a. O., S. 68—70.
50) Planck, Kom. z. Bürg. Gesetzb., § 125, Anm. 3 b.

will sie nur dem gegenüber zulassen, „der in einer gegen die guten Sitten oder gegen ein Schutzgesetz verstoßenden Weise den anderen zur Vornahme eines formnichtigen Rechtsgeschäftes bestimmt, indem er ihn z. B. über die Wirksamkeit des Geschäftes in einen Irrtum versetzt, einen solchen Irrtum unterhält oder ausnützt. Der Einwand des Selbstverschuldens (§ 254) wird vom arglistigen Teile mit Erfolg nur dahin erhoben werden können, auch der Gegner habe arglistig, nicht aber der Gegner habe fahrlässig gehandelt, sei z. B. leichtgläubig gewesen."

Auch Oertmann[51]) konnte sich früher nur dazu entschließen, die Arglisteinrede allein dann zu gewähren, wenn eine Partei der anderen wider besseres Wissen vorspiegelt, die Beobachtung der Geschäftsform sei nach Lage des Falles von Rechts wegen unnötig oder dann, „wenn die Partei von vornherein die Absicht hat, sich hernach auf den Formmangel zu berufen, und dies dem Gegner betrüglich verschweigt." Hinzukommen mußte in diesen Fällen die Täuschung des Gegners. Auch für Oertmann ist diese dann nicht vorhanden, wenn der angeblich Getäuschte um das Formerfordernis gewußt hat. Fahrlässiges Nichtwissen ist für ihn in keinem Falle ein Hinderungsgrund für die Geltendmachung der exceptio doli.

In der neueren Zeit allerdings scheint Oertmann nicht mehr so fest an seinen Prinzipien zu halten[52]). Er stellt zwar ausdrücklich keine weitergehenden Richtlinien als die oben geschilderten auf, gibt aber zu, „daß das vorwärtsschreitende Verkehrsleben leicht Verhältnisse zeitigen kann, die durch die Sonderbestimmungen des BGB. zum Schutze von Treu und Glauben nicht genügend gedeckt werden." Es ließe sich auch nicht behaupten, daß die Sonderbestimmungen bei Annahme einer exceptio doli überflüssig wären, denn sie gingen, soweit sie reichen, über eine bloße Einrede inhaltlich durchweg hinaus. Ueber diese Streitfrage sei somit das letzte Wort noch nicht gefallen.

Fassen wir jetzt am Schlusse der Darstellung der Ansichten des Reichsgerichts und der Wissenschaft diese noch einmal kurz zusammen, so finden wir in ihnen folgende Grundsätze vertreten:

---

51) Oertmann, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, in „Das Recht" 1914, S. 8—12.

52) Siehe Oertmann, Kom. zum BGB., Allg. Teil, Vorbem. vor § 194 B 3 b.

Das Reichsgericht verlangt in keinem Falle von dem, der sich auf Nichtigkeit beruft, daß er diese zur Zeit des Vertragsschlusses in der Absicht herbeigeführt hatte, um sich später auf die Nichtigkeit zu berufen. Ein arglistiges Handeln liegt vielmehr in dem Zeitpunkte, in dem der sich auf Formnichtigkeit Berufende diese geltend macht. Die Geltendmachung der Nichtigkeit allein ist nicht schon arglistig; nur im Zusammenhang mit anderen Umständen kann sie es werden. Darüber, wann diese Umstände vorliegen, ist das Reichsgericht verschiedener Ansicht gewesen, und wir können in dieser Hinsicht kein einheitliches Prinzip aus den Entscheidungen des Reichsgerichts herauslesen.

Nach Ansicht der Wissenschaft (Hoeniger, Reichel, Joef, Planck, früher auch uneingeschränkt Oertmann) kann ein arglistiges Handeln in dem Zeitpunkte, in dem die Formnichtigkeit geltend gemacht wird, nicht liegen, vielmehr nur in der Zeit, in der die Nichtigkeit veranlaßt wird. Arglistig ist in diesem Zeitpunkte ein Handeln nur dann, wenn derjenige, der sich auf die Nichtigkeit beruft, diese in einer gegen eine Rechtsnorm verstoßenden Weise schuldhaft (über den Grad der Schuld, ob Vorsatz notwendig sei oder Fahrlässigkeit ausreiche, gehen die Ansichten auseinander) verursacht hat. Die Schuld kann nur darin bestehen, daß der die Nichtigkeit Herbeiführende im Gegner einen Irrtum über das Formerfordernis erregt (unterhalten) hat. Kennt jedoch der Gegner das Formerfordernis, so liegt bei ihm kein Irrtum über die Formnotwendigkeit vor, und er darf dem sich auf Formnichtigkeit Berufenden keine Arglisteinrede entgegenhalten. Ob fahrlässige Nichtkenntnis dieselbe Folge haben muß wie Kenntnis, ist zum Teil bejaht, zum Teil abgelehnt worden.

Als Hauptunterschied zwischen den Anschauungen des Reichsgerichts und der Wissenschaft fällt auf, daß das Reichsgericht ein arglistiges Handeln im Zeitpunkte der Berufung auf die Nichtigkeit sieht, während die Wissenschaft arglistiges Handeln nur im Zeitpunkte der Herbeiführung der Nichtigkeit erkennen will.

Rein formal betrachtet ist wohl die Auffassung der Wissenschaft die bestechendere; denn im Zeitpunkte der Berufung auf die Nichtigkeit weist der sich auf sie Berufende ja lediglich auf den rechtlich schon bestehenden Zustand der Nichtigkeit hin, und ein sol-

ches Tun kann nicht arglistig sein. Wollten wir es jedoch bei dieser Anschauung bewenden lassen, so würden wir z. B. in den meisten Fällen, in denen das Reichsgericht die exceptio doli generalis zugelassen hat, zu Ergebnissen kommen, die jeder wahren Gerechtigkeit widersprechen. Es geht daher nicht an, daß wir, um allein einem starren formal richtig erscheinenden Gedankengang zu dienen, dieses auf Kosten des höherstehenden lebendigen Rechtes, das sich nicht immer in feste Gesetzesnormen gießen läßt, tun dürfen. Es ist zwar richtig, daß derjenige, der im Zeitpunkte des Vertragsschlusses die Nichtigkeit des Geschäftes in einer gegen eine Rechtsnorm verstoßenden Weise schuldhaft herbeigeführt hat, arglistig handelt und sich die exceptio doli entgegenhalten lassen muß, wenn der Gegner nicht um das Formerfordernis bei Vertragsschluß gewußt hat. Indessen darf diese Sachlage (die wohl mehr eine exceptio doli specialis rechtfertigen würde) nicht als die einzige eine Arglisteinrede begründende angesehen werden. Vielmehr muß gerade in einer Zeit wie der gegenwärtigen, die das Recht mehr denn je nur als Dienerin am Volksganzen anerkennt und die volksnahe und billige Entscheidung eines Falles als obersten Leitgedanken bei derselben verlangt, auch ein arglistiges Verhalten in der Berufung auf die Nichtigkeit im Zeitpunkte der Berufung gesehen werden können[53]). Freilich darf, wie das auch schon vom Reichsgericht richtig erkannt ist, die Berufung auf Formnichtigkeit zur Zeit der Berufung nicht schon für sich allein als arglistig betrachtet werden, sondern nur im Zusammenhang mit anderen Umständen. Wann dieser Zusammenhang mit anderen Umständen, der die Berufung zu einer arglistigen macht, gegeben ist, das wollen wir jetzt an Hand der einzelnen Fälle, in denen das Reichsgericht einen solchen Zusammenhang angenommen hat, zu erkennen versuchen und gleichzeitig prüfen, ob die vom Reichsgericht vertretenen Ansichten vor einer Kritik bestehen können.

Wie wir schon sahen, verlangte das Reichsgericht ursprünglich (Urteil des III. Ziv. Sen. vom 15. Nov. 1907) von dem, der sich auf Formnichtigkeit berief, nicht, daß er diese in der Absicht herbeigeführt hatte, um sich später auf die Nichtigkeit zu berufen. Es reichte

53) Vgl. dazu Kom. d. Reichsger.R. § 125, Anm. 1.

aus, seine Berufung als arglistig anzusehen, wenn er vor derselben dem Gegner, der sich bereit erklärt hatte, die Form zu erfüllen, gesagt hatte, das sei nicht nötig.

Ebenso wie nach der Anschauung der Wissenschaft (vlg. oben) kann auch u. E. ein solches Tun allein noch nicht einen derartigen Zusammenhang mit der Berufung auf Formnichtigkeit bilden, daß die Berufung als arglistig angesehen werden muß. Wie sich aus dem oben skizzierten Sachverhalt ergibt, haben beide Parteien bei Vertragsabschluß das Formerfordernis gekannt. Die sich auf Arglist berufende Partei hat, anstatt auf der Formerfüllung zu bestehen, sich mit der Nichtbeobachtung derselben stillschweigend einverstanden erklärt. Wenn sich hernach die Partei, die allein die Formnichtigkeit angeregt hat, auf diese beruft, so liegt in der Berufung rein ethisch gesehen, wohl ein Verstoß gegen Treu und Glauben. Jedoch eine nur in der Sittlichkeit begründete Arglist kann nicht auch gleichzeitig eine solche von Rechts wegen sein. Denn wollten wir das annehmen, so würden wir diese Anschauung im vorliegenden Falle nur mit einem glatten Rechtsbruch erkaufen können. Wir wissen, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit formbedürftiger Geschäfte von der Beobachtung der vorgeschriebenen Form abhängig macht und die Außerachtlassung der Form mit Nichtigkeit ahndet. In unserem Falle jedoch könnten die Parteien, nachdem sie zunächst dieg esetzliche Form außer Kraft gesetzt und damit die Nichtigkeit des Geschäfts veranlaßt haben, dieses doch über dem Umwege einer exceptio doli generalis zu Bestand bringen. Daß dies nicht statthaft sein darf, liegt auf der Hand, und wir müssen deshalb den Schluß ziehen: Der für die Gewährung der exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit notwendige Zusammenhang der Berufung mit anderen Umständen ist nicht schon dann vorhanden, wenn diese allein darin bestehen, daß die sich auf Nichtigkeit berufende Partei die Nichtigkeit allein schuldhaft angeregt hat, da sonst die zwingenden Formvorschriften durch Gewährung einer exceptio doli generalis hinfällig gemacht werden könnten.

Anders jedoch liegt der Fall dann, wenn (wie das RG. in Band 107, S. 357 ff. aussprach) die sich auf Formnichtigkeit berufende Partei diese auch nicht in der Absicht herbeigeführt hatte, um den

Vertrag nicht zu erfüllen, sondern wenn sie gegenüber der Bereitwilligkeit der gegnerischen Partei, die Form zu erfüllen, erklärt hatte, das sei nicht nötig, und wenn sie dadurch jene in den Irrtum versetzt hatte, die Form sei zur Gültigkeit des Vertrages nicht notwendig. Bei solcher Sachlage ist auch nach u. M. eine allgemeine Arglisteinrede am Platze. Wenn auch hier die Formvorschriften unbeachtet geblieben sind, und formal gesehen der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nichtig erscheint, so führt die Gewährung der exceptio doli generalis trotzdem nicht zu dem Ergebnis, die Formvorschriften als etwas Unbeachtliches illusorisch machen zu können; denn es wird nicht etwa durch Parteivereinbarung versucht, die Formvorschrift außer Kraft zu setzen, sondern nur eine Partei, die in der anderen den Irrtum erregt hat, die Form sei nicht notwendig, und die durch ihr alleiniges schuldhaftes Verhalten die Nichtigkeit verursacht hat, versucht, die von ihr so geschaffene Rechtslage auszubeuten. Daß die Formvorschriften in einem solchen Falle nicht etwa die rechtlichen Unterlagen bieten dürfen, um eine offenbare Unbilligkeit zu legalisieren, bedarf keines näheren Beweises. Wo aber die Formvorschriften nicht zur Wirkung kommen dürfen, da kann auch nicht von einer Paralysierung derselben gesprochen werden, und wir dürfen jetzt feststellen: Die Berufung auf Formnichtigkeit ist dann arglistig, wenn die sich auf Formnichtigkeit berufende Partei die Nichtigkeit allein schuldhaft verursacht hat, wobei Voraussetzung ist, daß das Tun der sich auf Nichtigkeit berufenden Partei im Gegner einen Irrtum über die Formnotwendigkeit eregt haben muß.

Daß aber die Berufung auf Formnichtigkeit nicht allein unter den eben geschilderten Umständen, sondern auch unter anderen dolos sein kann, das haben wohl zu Recht die beiden von uns vorgetragenen Entscheidungen des Reichsgerichts erwiesen[54]). Gerade aus ihnen erhellt, daß es keinen Sinn hat, rein theoretisch ein bestimmtes System auszuarbeiten, wann die exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit zuzulassen ist. Die Fälle des praktischen Lebens werden durch die Unübersehbarkeit ihrer mannigfachen Gestaltungsmöglichkeiten immer wieder Lagen

54) RG. in Seuff. Arch. Bd. 77, S. 181 und RG. in JW. 1927 S. 973/74.

schaffen, die auch über den Rahmen des besten Systems hinausgehen und dieses als unbrauchbar und lückenhaft aufzeigen werden. Soviel allein darf festgestellt werden: Die Berufung auf Formnichtigkeit an sich kann niemals arglistig sein, weil sie lediglich auf einen vor dem Gesetze bestehenden Zustand verweist. Jedoch wenn andere, rein theoretisch nicht darstellbare, sondern nur von Fall zu Fall immer wieder neu zu prüfende Umstände vorhanden sind, die mit der Berufung im Zusammenhang stehen und diese in einem anderen Lichte erscheinen lassen als allein im Hinweise auf einen Rechtszustand, besteht die Möglichkeit, daß die Berufung als arglistig erscheint. Hierbei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, daß eine nur vor der Moral bestehende Arglist nicht auch eine solche vor dem Rechte sein darf, namentlich dann, wenn sie nur mit einem Rechtsbruch erkauft werden kann[55]).

§ 6.

Die Rechtswirkungen, welche die mit Erfolg geführte Arglisteinrede gegenüber der sich vergeblich auf Formnichtigkeit berufenden Partei auslöst.

Bevor auf die Frage, welche „Rechtswirkungen" die mit Erfolg vorgebrachte Arglisteinrede auslöst, eingegangen werden kann, muß zunächst die Vorfrage geklärt werden, in welcher Form die Arglisteinrede im Prozeß geltend zu machen ist. Hierfür bestehen zwei Möglichkeiten: einmal kann sie „einredeweise" zum anderen „klageweise" geltend gemacht werden.

Das Reichsgericht läßt beide Arten der Geltendmachung zu. Bei „einredeweiser" Geltendmachung gibt es der „Einrede" entsprechend einer solchen als Verweigerung der Leistung mit der Wirkung Abweisung der Klage statt[56]). Bei „klageweiser" Geltendmachung läßt es die Einrede als „Replik" wirken[57]).

Die Wissenschaft lehnt die einredeweise Geltendmachung der Arglist ab und tritt nur für eine actio doli ein[58]). Reichel[59]) meint

55) Vgl. unsere Kritik an dem Urteil des III. Ziv.Sen. vom 15. Nov. 1907.
56) Vgl. z. B. RGZ. B. 107 S. 357 ff.
57) Vgl. RG. in J.W. 1927 S. 973/74.
58) Vgl. Hoeniger, a. . O. S. 681 ff.
59) Siehe Reichel, a. a. O. S. 52.

außerdem im Gegensatz zum Reichsgericht: „Die Bezugnahme des Klägers auf die Arglist des Beklagten stellt prozeßrechtlich betrachtet nicht Replik sondern Klagänderung dar."

Wenn wir uns auch rein konstruktiv betrachtet den Begründungen der Wissenschaft für ihre Ansichten (wegen ihres Umfanges können die Begründungen an dieser Stelle nicht gebracht werden; vergl. daher Hoeniger a. a. O. S. 681 ff. und Reichel a. a. O. S. 51/52) nicht verschließen können, so möchten wir trotzdem die Meinung des Reichsgerichts hinsichtlich der Geltendmachung und Wirkung der exceptio doli im Prozeß teilen. Denn nach unserer Ansicht gelangt das Reichsgericht mit seinen Auffassungen auf einfacheren Wegen teils zu billigeren, niemals zu schlechteren Resultaten als die Wissenschaft.

Bestehen also hinsichtlich der geschilderten Fragen verschiedene Auffassungen zwischen dem Reichsgericht und der Wissenschaft, so sind sich beide darin einig, daß die erfolgreiche Arglisteinrede die sich (umsonst) auf Formnichtigkeit berufende Partei irgendwie zum Schadensersatz zwingen müsse. Worin dieser Schadensersatz allerdings besteht, darüber herrscht keine Einigung. Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkte, daß eine erfolgreiche exceptio doli den sich vergeblich auf Formnichtigkeit Berufenden zur Erfüllung des Vertrages zwingen müßte. Ein Teil der Wissenschaft dagegen will nur das sog. negative oder Vertrauensinteresse ersetzen lassen, ein anderer Teil meint, daß unter Umständen auch das positive Interesse zu ersetzen sei, und eine letzte Ansicht will in jedem Falle das positive Interesse ersetzt wissen.

Das Reichsgericht wählt bei der Begründung seiner Anschauung folgende Konstruktion: Es geht davon aus, daß in der Berufung auf Nichtigkeit eine Arglist liege (vgl. im einzelnen § 5). Dieses Verhalten (die Berufung auf Arglist) verstoße gegen Treu und Glauben, insbesondere gegen § 826 BGB., und verpflichte zum Schadensersatz. Dieser richte sich nach § 249 ff. BGB. Es sei demnach der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand sei aber die Berufung auf Nichtigkeit. Der herzustellende Zustand sei also derjenige, der bestehen würde, wenn

der die Nichtigkeit geltend Machende sich nicht auf diese berufen hätte. Alsdann müßte er aber Erfüllung des Vertrages vornehmen[60]).

Die Wissenschaft geht einheitlich davon aus, daß nur in der Herbeiführung der Nichtigkeit eine Arglist liegen könne (vgl. im einzelnen § 5), und daß nur dieses Verhalten gemäß einer Deliktsnorm zum Schadensersatz verpflichte, der sich grundsätzlich nach § 249 BGB. richte. Die Anhänger der Ansicht, die nur das Vertrauensinteresse gewähren will, stützen sich auf folgende Erwägungen.

Reichel[61]): Die Klage auf das Erfüllungsinteresse setze die Gültigkeit des Vertrages voraus. Die Arglist eines Kontrahenten könne, wenn der Kontrakt selbst nichtig sei, diesen nicht zu Bestand bringen. Eine Vertragshaftung lasse sich auf bloße Arglist nicht gründen (S. 46, 47). Auch die Argumentation, der getäuschte Teil würde, wäre ihm der Formmangel bekannt gewesen, auf Erfüllung der Form bestanden haben mit der Wirkung, daß das Geschäft gültig zustande gekommen wäre, sei fehlschüssig. Denn der täuschende Teil hätte sich zum Abschluß eines formgerechten Vertrages nie herbeigelassen. Ein Zwangsrecht aber auf Erfüllung hätte dem Getäuschten nicht zur Seite gestanden (S. 47). Daher könne nur das negative Interesse in Frage kommen, das aber nach oben hin nicht durch das positive Interesse seine Grenze finde.

Josef[62]): Aus § 249 BGB. lasse sich kein Anspruch auf Erfüllung des nichtigen Vertrages herleiten. Allerdings spreche § 249 nicht gerade von einer Wiederherstellung, sondern nur von einer Herstellung des Zustandes, der beim Nichteintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes bestehen würde. Der Schadensersatzberechtigte könne also auch etwas fordern, was vorher nicht dagewesen sei, und sein Anspruch gehe nicht gerade auf Herstellung des früheren Zustandes, sondern nur des Zustandes, der bei normalem Verlauf der Dinge ohne das störende Eingreifen des Beschädigers vorliegen würde, immer vorausgesetzt, daß der Ersatzberechtigte schon vor der Schädigung auf diesen Zustand einen Rechtsanspruch hatte. War der vor der Beschädigung bestehende Zustand also rechtlich nicht geschützt, so könne der Beschädigte

60) Vgl. RG .in Seuff. Arch. Bd. 63 S. 349. RGZ. Bd. 107, S. 365.
61) Reichel, in Arch. f. Ziv.Pr. Bd. 104, S. 1 ff.
62) Josef, in Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 36, S. 64—65.

nicht Herstellung eines anderen Zustandes, eines Rechtsanspruchs, verlangen, der vor der Schädigung rechtlich gar nicht bestand.

Die Anhänger der Ansicht, die mitunter auch das positive Interesse ersetzen will, meinen folgendes[63]): Es sei zwar richtig, daß grundsätzlich nur das negative Interesse zu ersetzen sei. Es gehe der für den Umfang der Ersatzpflicht maßgebende § 249 nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern auf Herstellung desjenigen, wie er ohne das schädigende Ereignis jetzt bestehen würde. Damit werde „in die Berechnung auch das Ergebnis der hypothetischen oder fiktiven, mittels Abstraktion von dem schädigenden Ereignis gedankenmäßig vorgestellten Fallentwicklung einbezogen" (Oertmann in „Recht" 1914 S. 9). Aber wenn die arglistige Vorspiegelung weggedacht werde, dann hätte die getäuschte Partei damit noch keineswegs den Abschluß eines formgültigen Vertrages erlangt, sondern sie wäre nur von dem Irrtume befreit gewesen, als habe sie bereits ein gültiges Geschäft geschlossen. Sie könne also nur das verlangen, um was sie besser ohne diesen Irrtum stehen würde, also Erstattung des negativen Interesses. Allein die Beschränkung der Ersatzpflicht auf das negative Interesse schließe die Haftung wegen des entgangenen Gewinnes, entsprechende Kausalzusammenhang unterstellt, nicht aus; denn der entgangene Gewinn sei im Rahmen des § 252 HGB. ein Teil des wirklichen Schadens, der auch bei Haftung nur auf das negative Interesse voll ersetzt werden müsse. Dieser Gedanke leite zwangsläufig dazu, daß in Fällen, in denen einzig und allein der die Haftung begründende Umstand das Zustandekommen eines formgültigen Geschäftes verhindert hat, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen sei. Denn bei solcher Sachlage habe der die Haftung begründende Umstand den andernfalls sicher eintretenden Geschäftsgewinn vereitelt und damit die ersatzberechtigte Partei um seinen Betrag schlechter gestellt, als sie sonst stehen würde.

Hoeniger[64]), der die Richtung derer vertritt, die in jedem Fall für den Ersatz des positiven Interesses sind, arbeitet mit folgenden Erwägungen: Er geht auch davon aus, daß der Umfang des Schadens sich nach § 249 reguliere. Diese Norm fordere nicht Herstel-

63) Vgl. Oertmann, in „Recht" 1914 S. 8 ff.
64) Hoeniger, in Zschr. NotV. 1909, S. 686.

lung des Zustandes, wie er vor dem Delikte gewesen sei, sondern nur desjenigen, wie er ohne das Delikt gewesen wäre. Es müsse also die Lage hergestellt werden, wie sie sich gestaltet hätte, wenn die Handlung des Verpflichteten statt einer rechtswidrigen eine rechtmäßige gewesen wäre. Vor dem Delikte hätte der Geschädigte allerdings kein Zwangsrecht auf Erfüllung der Form gehabt. Das Delikt aber gebe ihm diesen Anspruch. Durch das Delikt sei die Formnichtigkeit herbeigeführt worden. Wäre die Handlung des Verpflichteten nicht deliktisch gewesen, so wäre ein formgültiges Geschäft zustandegekommen. Folglich müsse der Verpflichtete auch ein formgültiges Geschäft herstellen.

Diese letzte von Hoeniger geäußerte Ansicht über den Umfang des Schadensersatzes, die schon von ihm als Widerlegung der von Reichel aufgestellten Begründung der Meinung, es dürfe nur das negative Interesse ersetzt werden, gedacht war, überhebt auch uns einer weiteren Kritik an der Auffassung Reichels. Denn wie Hoeniger ganz richtig erkennt, kommt es bei der Anwendung des § 249 nicht darauf an, ob dem Getäuschten vor der Erfüllung ein Zwangsrecht auf Erfüllung der Form zugestanden hat oder nicht. Der § 249 fordert ja nicht Herstellung des Zustandes, wie er vor dem arglistigen Verhalten (das ist der zum Ersatz verpflichtende Umstand) bestanden hat, sondern nur des Zustandes, wie er ohne das arglistige Verhalten sein würde. Es kann daher infolge dieses Verhaltens ein Zwangsrecht auf Erfüllung, das früher wohl nicht bestanden hat, jetzt durchaus entstanden sein. Ob dem tatsächlich so ist, das werden wir später sehen. Hier genügt es, um Reichels Hauptbegründung seiner Ansicht hinsichtlich des Schadensersatzumfanges zu erschüttern, allein auf das Bestehen einer solchen von Reichel verneinten Möglichkeit hinzuweisen.

Auch die Begründung Josefs für Ersatz lediglich des Vertrauensinteresses erscheint alles andere als stichhaltig. Denn nachdem er ganz richtig die Bedeutung des § 249 BGB. auseinandergesetzt und anerkannt hat, der Schadensersatzberechtigte könne auf Grund des § 249 auch etwas fordern, das vorher nicht dagewesen sei, behauptet er plötzlich, der Beschädigte müsse, wenn er dieses andere fordere, schon vor der Schädigung einen Rechtsanspruch auf dasselbe gehabt haben. Daß solche Folgerung im unmittelbaren Anschluß an

die vorher genau entgegengesetzt laufenden Ausführungen paradox klingt und sich eben nur als leere Behauptung nicht aber als Beweis ansehen läßt, liegt wohl klar. Es muß deshalb gesagt werden, auch Josef verkennt die Sachlage, wenn er aus dem fehlenden rechtlichen Schutze des vor der Beschädigung vorhandenen Zustandes einen entscheidenden Grund gegen den Anspruch auf Vertragserfüllung herleiten will. „Denn darauf kommt es", wie Oertmann[65]) treffend bemerkt, „gar nicht an; entscheidend ist nur, ob ohne das arglistige Benehmen jetzt ein rechtlich geschützter Zustand vorhanden sein würde."

Die Meinung derer dagegen, die grundsätzlich das negative aber ausnahmsweise auch das positive Interesse ersetzen wollen, erscheint auch uns im Hinblick auf §§ 249 ff. einwandfrei und konstruktiv unangreifbar begründet. Wir können uns durchaus vorstellen, daß dann, wenn die arglistige Vorspiegelung weggedacht werde, die getäuschte Partei noch keineswegs den Abschluß eines formgültigen Geschäftes erreicht hätte, sondern lediglich von dem Irrtume befreit gewesen wäre, ein gültiges Geschäft geschlossen zu haben und deshalb nur Ersatz dessen verlangen könne, um was sie besser ohne diesen Irrtum stehen würde. Es leuchtet uns auch ein, daß in Fällen, in denen einzig und allein der die Haftung begründende Umstand ein formgültiges Geschäft verhindert hat, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen sei.

Und doch wären wir nicht nur in diesen letzten Fällen für Ersatz des positiven Interesses, sondern auch in dem erstgeschilderten Falle; denn es erschiene uns wie eine Belohnung für den Arglistigen, wenn er in einem Falle, in dem er vielleicht arglistiger handelt als in den Fällen, in denen er auf das positive Interesse haften muß, nur auf das negative Interesse zu haften braucht.

Um zu dem Resultate zu kommen, daß in jedem Falle das positive Interesse zu ersetzen sei, müßten wir uns der von Hoeniger gegebenen Begründung seiner Ansicht, es sei das positive Interesse zu ersetzen, zuwenden. Wenn wir auch zugeben müssen, daß diese Begründung zwar nicht in allen Teilen dem Wortlaute des § 249 BGB. entspricht, so muß sie u. E. um ihres Ergebnisses willen doch eher anerkannt werden als die eben besprochene.

65) Oertmann in „Recht" 1914, S. 10.

Genau so wie bei Hoenigers Begründung für Ersatz des positiven Interesses liegt der Fall bei der Begründung des Reichsgerichts für denselben Ersatz[66]). Auch hier deckt sich die Argumentation nicht vollkommen mit dem Wortlaute des § 249; denn bei Wegfall des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes (das ist für das Reichsgericht die Berufung auf Formnichtigkeit) würde noch lange nicht der Zustand bestehen, daß der Arglistige Erfüllung des Vertrages vornehmen müßte. Und doch erscheint uns auch hier die Lösung, trotzdem Erfüllung des Vertrages vornehmen zu lassen, als die billigste Entscheidung. Ist auch die Konstruktion gezwungen und angreifbar, so ist das wohl um des billigen Ergebnisses willen besser als eine genaue aber im Resultate weniger befriedigende Konstruktion.

66) Vgl. S. 69, insbes. RGZ. B. 107 S. 365.